



Escola da Magistratura do Rio de Janeiro

O artigo 475-J do Código de Processo Civil e sua interpretação com base nos direitos fundamentais.

José Geraldo Allemand Bezerra de Menezes

Rio de Janeiro
2009

José Geraldo Allemand Bezerra de Menezes

O artigo 475-J do Código de Processo Civil e sua interpretação com base nos direitos fundamentais.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

O artigo 475-J do Código de Processo Civil e sua interpretação com base nos direitos fundamentais.

José Geraldo Allemand Bezerra de Menezes

Graduado pela Universidade Cândido Mendes de Niterói. Advogado.

Resumo: A lei 11.235, de 22 de dezembro de 2005, acrescentando o Capítulo X (Do Cumprimento da Sentença) no Título VIII (Do Procedimento Ordinário) do Código de Processo Civil, trouxe ao cumprimento de sentença fundada em título executivo judicial contra devedor solvente o sincretismo processual. A citada Lei acrescentou o artigo 475-J ao Código de Processo Civil, dispositivo que gerou inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicação. O presente trabalho objetiva buscar a interpretação do dispositivo que mais privilegie os direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Sincretismo processual, hermenêutica, dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais e sua aplicação em uma norma abstrata e impessoal. 2. Eficácia Horizontal e Vertical dos Direitos Fundamentais. 3. O Princípio Instrumental da Proporcionalidade e a solução de conflitos entre princípios. 4. A Constitucionalidade em Concreto e em Abstrato 5. Espécies de execução por quantia 6. Execução Por Quantia Fundada em Título Executivo Judicial. 6.1 Controvérsia a respeito da natureza da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil. 6.2 Controvérsia a respeito da necessidade de intimação para cumprimento da obrigação de pagar fundada em título executivo judicial. 6.2.1 Hipótese em que haverá necessidade de intimação. 6.2.2 Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça. 6.3 Controvérsia a respeito da admissão ou não da multa em sede de execução provisória. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo 475-J do Código de Processo Civil é um dos dispositivos que mais suscita controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro, ensejando discussões que envolvem diretamente princípios e direitos fundamentais constitucionais como celeridade e segurança jurídica. Além disso, o tema está relacionado com a tão buscada efetividade da tutela jurisdicional, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O citado dispositivo constitucional, da inafastabilidade da jurisdição, deve nortear, tendo por base a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mais especificamente no que diz com a interpretação dos dispositivos legais de forma a dar maior efetividade aos direitos fundamentais, a aplicação do artigo 475-J do Código de Processo Civil. Assim, o tema se mostra dos mais atuais e importantes, pois ligado ao direito fundamental à adequada tutela executiva, desdobramento lógico da aplicação moderna do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Os principais pontos discutidos serão: necessidade ou não de intimação do advogado e/ou do réu para o início de fluência do prazo de 15 dias para pagamento, previsto no artigo 475-J, caput, do Código de Processo Civil; possibilidade de aplicação da multa do artigo 475-J, caput, do Código de Processo Civil em sede de execução provisória; natureza jurídica da multa de 10%, prevista no caput, do artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

O trabalho, ao longo da discussão em torno das controvérsias principais citadas, objetivará apresentar uma fundamentação consistente para a melhor forma de aplicação do dispositivo que, adicionado pela lei 11.232/2005, ultimou a formação do sistema do sincretismo processual no Direito Processual Civil brasileiro. Buscará também, considerando que há, em

todas as controvérsias citadas, envolvimento direto de direitos fundamentais, fazer a necessária ponderação entre os princípios, para saber qual deve prevalecer na aplicação da norma.

O sincretismo processual, com início relativamente às obrigações de fazer ou não fazer, em 1990 (Lei 8078/1990 – Código de Defesa do Consumidor), e, genericamente, por meio da lei 8952/1994 (alteradora da redação do artigo 461 do Código de Processo Civil), foi estendido às obrigações de entregar coisa distinta de dinheiro, por meio da Lei 10.444/2002, que acrescentou o artigo 461-A ao Código de Processo Civil. Por fim, o artigo 475-J, do Código de Processo Civil, relativamente às ações condenatórias de pagar quantia certa, objeto do presente trabalho, terminou por unificar a sistemática do sincretismo. Desta forma, salvo as hipóteses do artigo 475-N, II, IV e VI, do Código de Processo Civil e do artigo 630 do Código de Processo Penal, as execuções por quantia fundadas em título executivo judicial desenvolver-se-ão como fase do mesmo processo.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO EM UMA NORMA ABSTRATA E IMPESSOAL.

Os direitos fundamentais, segundo a doutrina moderna, capitaneada por SARLET (2007), apresenta duas dimensões, quanto a sua forma de aplicação. Trata-se da dimensão objetiva e da dimensão subjetiva.

A dimensão subjetiva, mais conhecida, inclusive entre os leigos (quem não é advogado e não está fazendo faculdade de direito), pelo menos deveria ser em um Estado Democrático de

Direito, representa o direito fundamental subjetivo de cada indivíduo. Ou seja, o direito fundamental que, previsto nas declarações internacionais ou no direito constitucional brasileiro, passa a ser direito de cada pessoa. Pode ser dado como exemplo o direito de ir e vir, o direito da inviolabilidade do domicílio e o direito à vedação ao Tribunal de exceção, previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XV, XI e LIII, todos da Constituição Federal.

Quando se estuda a evolução histórica dos direitos fundamentais, dividindo-os em gerações, está sendo estudada a luta da sociedade pela aquisição dos direitos fundamentais subjetivos de cada indivíduo que se deu conforme a sociedade foi evoluindo.

Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, diferentemente, abandona-se a idéia de direito fundamental como direito subjetivo do indivíduo, passando a atentar para aspectos interpretativos e sistemáticos. Essa dimensão objetiva apresenta várias facetas, dentre elas, exemplificativamente: interpretação dos dispositivos legais de forma a que a norma a ser extraída do trabalho interpretativo aumente o âmbito de incidência dos direitos fundamentais; trabalho do poder legislativo, quando do exercício de sua função típica, objetivando a que as leis elaboradas dêem maior aplicação aos direitos fundamentais; análise do caso concreto pelo julgador de forma a que sua decisão valorize ao máximo os direitos fundamentais; análise, pelo administrador público, quanto à conveniência e oportunidade da prática de um ato administrativo, da forma de atuação que dará maior efetividade e alcance aos direitos fundamentais.

O presente trabalho, na ponderação entre os valores em conflito, quando da discussão dos aspectos controvertidos envolvendo o artigo 475-J do Código de Processo Civil, estará mais diretamente envolvido com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Mas deve o intérprete ter sempre em mente que ambas as dimensões estão umbilicalmente ligadas, até porque, sem,

exemplificativamente, a observância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pelo julgador ou pelo legislador haverá, inevitavelmente, lesão a direitos fundamentais subjetivos.

2. EFICÁCIA HORIZONTAL E VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais em sua dimensão vertical representam a defesa do indivíduo contra o Estado por meio dos direitos fundamentais, freando o arbítrio Estatal. A aplicação dos direitos fundamentais em uma relação horizontal, diferentemente, representa a vedação de que um indivíduo na sociedade agrida os direitos fundamentais de outro indivíduo, o que já foi chancelado como possível pelos nossos tribunais superiores em inúmeros julgados.

Em alguns julgados há menção expressa desta última forma de aplicação, ocorrendo muito em ações em que é garantido o direito ao devido processo legal a membro de associação para que seja válido e jurídico o seu desligamento da entidade. Mas, na grande maioria dos julgados, apesar de não haver aplicação expressa, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais é nítida, como na hipótese em que alguém, preso em um hospital por não ter dinheiro suficiente para pagar a caríssima internação, impetra habeas corpus, para fazer cessar a violação à sua liberdade de locomoção.

3. O PRINCÍPIO INSTRUMENTAL DA PROPORCIONALIDADE E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS.

Sabe-se que há diferença na forma pela qual se resolve o conflito entre leis e o conflito entre princípios. Quando há conflito entre leis, fala-se na regra do “tudo ou nada”, ou seja, uma lei vai prevalecer, enquanto a outra sucumbirá. No conflito entre leis existem os seguintes meios de resolução: especialidade (prevalece a norma especial, regulando a situação concreta em detrimento da norma geral, hipótese em que as duas normas continuam integrando o ordenamento jurídico – Decreto Lei 4.657/1942, artigo 2º, parágrafo 2º), o critério cronológico (Lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível – Decreto Lei 4.657/1942, artigo 2º, caput e parágrafo 1º) e o hierárquico (Lei de maior hierarquia prevalece sobre lei de menor hierarquia, *verbi gratia*, as regras da Constituição Federal, considerada como lei em sentido amplo, prevalecem sobre qualquer outro regramento legislativo do ordenamento jurídico).

Diferentemente, quando há conflito entre princípios (devendo ser lembrado que os direitos fundamentais, na maioria dos casos são representados por princípios), não há supressão de um princípio em detrimento de outro, mas apenas a análise para saber qual direito fundamental deve prevalecer naquele caso concreto ou naquela hipótese em discussão.

O método de solução do conflito usará o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, aplicado justamente para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, chamado por isso de princípio instrumental ou secundário. Para a correta aplicação do princípio instrumental da proporcionalidade, segundo a clássica formulação do direito germânico, deve ele ser subdividido em três sub-princípios, como costuma fazer a doutrina.

Ele se divide em princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é a possibilidade de a medida pretendida atingir o objetivo, fomentando o princípio em discussão. A necessidade é a impossibilidade de o princípio ser

efetivado por outra medida que restrinja de maneira mais suave outros princípios. A proporcionalidade em sentido estrito é a relação de custo benefício entre o direito fundamental restringido e o realizado com a medida adotada. O resultado da ponderação deve ser posterior à análise de cada um dos sub-princípios do princípio constitucional da proporcionalidade.

Deve ser lembrado que alguns autores, assim como o Supremo Tribunal Federal, usam o princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade, mas há diferença entre ambos.

O princípio da razoabilidade é originário do direito norte-americano, tendo derivado da cláusula do devido processo legal. Este direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, inicialmente era entendido no direito norte americano como garantia dos direitos processuais, mas a doutrina percebeu que precisava de uma forma de conter o arbítrio estatal, vindo a criar então, o princípio da razoabilidade como sinônimo de devido processo legal substantivo.

O objetivo citado para a criação do princípio da razoabilidade no direito norte-americano, também presente para a criação do princípio da proporcionalidade no direito alemão, considerando também que ambos atuam na ponderação entre princípios em conflito, os aproxima muito, mas este trabalho optou pela aplicação do princípio da proporcionalidade da forma como aplicado pelo direito alemão, pois, em sua função precípua de controlar a atuação do Estado e solucionar conflitos entre princípios, apresenta critérios objetivos que facilitam o trabalho do intérprete.

4. A CONSTITUCIONALIDADE EM CONCRETO E EM ABSTRATO.

Essa divisão de constitucionalidade em concreto e constitucionalidade em abstrato, feita brilhantemente por MENDES (1998), se trata, na verdade, de aplicação do princípio da proporcionalidade. Diz o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal que uma lei pode ser declarada abstratamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade (constitucionalidade em abstrato), como feito pela corte Suprema ao editar a Súmula vinculante nº 9, ao declarar constitucional o artigo 127 da Lei nº 7.210/1984.

Mas, apesar desta declaração de constitucionalidade, nada impede que, dependendo do caso concreto, a aplicação daquela norma se torne inconstitucional por ser absolutamente desproporcional (inconstitucionalidade em concreto de regramento jurídico abstratamente constitucional). Desta forma, apesar da existência da Súmula vinculante nº 9, há decisões em sede de habeas corpus em que a Corte Suprema entende não haver falta grave, mesmo tendo o condenado praticado fato descrito na Lei 7.210/1984 como falta grave, não aplicando então a consequência prevista no artigo 127 da mesma lei.

5. ESPÉCIES DE EXECUÇÃO POR QUANTIA.

A execução por quantia se subdivide em execução por quantia fundada em título executivo judicial e execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial, sendo certo que, apenas no que diz com os atos anteriores à penhora, há diferença no procedimento. Assim, a

partir da penhora, o procedimento se unifica quanto à satisfação final do devedor que pode se dar por uma das seguintes formas: adjudicação (artigo 685-A e 685-B, acrescentados ao Código de Processo Civil pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006), alienação por iniciativa particular (artigo 685-C, acrescentado ao Código de Processo Civil pela Lei 11382, de 6 de dezembro de 2006) e alienação em hasta pública (artigos 686 a 707 do Código de Processo Civil, dispositivo que, muitos deles, sofreram alterações pela lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006).

Relativamente às duas espécies de execução por quantia, são observadas duas fases bem delimitadas, logicamente havendo, devido à diferença das espécies de título executivo, dessemelhanças. Tais fases são: pagamento espontâneo (quando é aberto prazo para que a parte devedora, voluntariamente, cumpra com sua obrigação) e, não havendo o pagamento espontâneo, a fase de expropriação forçada, quando alguma espécie de bem será tirado do patrimônio do devedor para satisfazer o credor, segundo a responsabilidade patrimonial consagrada no artigo 591 do Código de Processo Civil.

6. EXECUÇÃO POR QUANTIA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL.

No que diz com a primeira fase citada, relativamente à execução por título judicial, também chamada de cumprimento de sentença, deve ser observado que o legislador, objetivando forçar o cumprimento espontâneo da obrigação, estipulou uma multa de 10% sobre o valor da obrigação. Para o melhor entendimento, veja a transcrição do artigo 475-J, caput. do Código de Processo Civil: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixado em

liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

O prazo de 15 dias é o termo considerado para que o devedor pague, ao término do qual, não satisfeita voluntariamente a obrigação, considerar-se-á inadimplente, requisito para ter início a atividade executiva propriamente dita. Isso porque, para qualquer atividade executiva deve o exequente possuir um título executivo certo, líquido e exigível e estar presente o inadimplemento por parte do devedor, elementos integrantes da causa de pedir da demanda executiva.

Deve ser observado também que, segundo o eminente doutrinador BUENO (2006), o valor considerado para a aplicação do artigo 475-J do Código de Processo Civil inclui, além do valor previsto na sentença, todas as verbas sucumbenciais.

6.1 CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NATUREZA DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Relativamente à natureza dessa multa, é observada a primeira das muitas controvérsias que envolvem o artigo 475-J do Código de Processo Civil. Os doutrinadores CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA (2009), defendem tratar-se a referida multa de medida de coerção indireta. Tal entendimento baseia-se no fato de a lei trazer regramento a estimular o próprio particular a adimplir, ele próprio, sua obrigação, sob pena de ter que pagar 10% a mais. Desta forma, é

coerção indireta porque não é o Estado juiz que está diretamente expropriando e alienando os bens, mas o próprio devedor que, com medo de ser multado, o faz.

Em sentido diverso, NEVES (2007) indica tratar-se de multa punitiva, sem caráter de coerção. Desta forma, o artigo 475-J do Código de Processo Civil apenas estaria punindo o devedor desleixado que não está preocupado em cumprir a determinação do Estado Juiz, constante do título executivo judicial.

SHIMURA (2006), diferentemente, afirma ter a multa natureza de punição e coerção, concordando, desta forma, em parte com o primeiro entendimento.

Considerando que as leis que reformaram o sistema processual civil executivo devem ser interpretadas no sentido de dar a máxima efetividade ao princípio constitucional da celeridade, introduzido pela emenda constitucional 45, no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, acredito no maior acerto do primeiro entendimento. Isso porque, o fato de o próprio devedor cumprir a obrigação no prazo de 15 dias abrevia em muito o término do processo, pondo fim ao conflito social trazido a juízo. Trata-se da interpretação da lei que dá mais efetividade ao direito fundamental do cidadão à efetividade do processo, que apenas pode ser alcançada em sua amplitude se houver a tão buscada celeridade.

Na execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial, igualmente, há medida de coerção indireta, mas apresentando ligeira diferença. O artigo 652-A, caput. e parágrafo único do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, prescreve que, ocorrendo o pagamento integral da dívida no prazo de 3 dias após a citação, haverá redução da verba honorária que havia sido fixada pelo juiz, ao despachar a inicial, pela metade.

Desta forma, tratando-se de título executivo extrajudicial, como não havia processo, haverá citação do devedor, instaurando a fase processual, para pagar em três dias (artigo 652 do

Código de Processo Civil). A medida de coerção indireta aqui, diferentemente do que ocorre no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, não apresenta nenhum resquício de caráter punitivo, sendo uma benesse legislador.

6.2 CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL.

Os doutrinadores se digladiam, havendo inúmeros entendimentos divergentes. A discussão é importante, pois, dependendo do entendimento, o prazo de 15 dias teria início antes ou depois. Assim, se não houver necessidade da intimação, iniciando a fluência de forma automática, a partir do trânsito em julgado, ou, *verbi gratia*, após a intimação, haverá absoluta diferença relativamente ao termo final do processo.

Um primeiro entendimento, defendido na já citada obra conjunta de Jr; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA (2009), é no sentido de ser necessária a intimação, mas apenas na pessoa do advogado. Tal entendimento, segundo os autores, afasta o inconveniente da dificuldade, em alguns momentos, de saber a data exata do trânsito em julgado (fato comum nas hipóteses em que o último recurso não é conhecido). Além disso, a intimação já traria o valor atualizado a ser pago (após o prévio cumprimento do artigo 614, inciso II, do Código de Processo Civil), o que facilitaria o devedor que não teria desculpas para não efetuar o pagamento.

Os autores defendem também que essa intimação poderia se dar de ofício, sendo apenas necessário o requerimento pelo credor para ter início a fase de expropriação forçada, caso o devedor, intimado, não efetue o pagamento no prazo de quinze dias, ou o efetue de forma parcial.

Outra tese, defendida pelo eminente doutrinador ASSIS (2007) e aceita majoritariamente no Superior Tribunal de Justiça, em especial no Resp 954.859/RS, é no sentido de o prazo ter início automaticamente, independentemente de intimação, após o trânsito em julgado do processo.

Trata-se do melhor entendimento, respeitadas as opiniões em sentido contrário, isso porque, com a lei 11232/2006, trazendo o sincretismo processual também para as ações condenatórias a pagar quantia certa, a interpretação deve se dar sempre no sentido de trazer mais celeridade ao processo, respeitando a reforma constitucional de 2004 que, através da Emenda Constitucional 45, acrescentou o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal. Logicamente, não pode a celeridade ser buscada a qualquer preço, devendo tal princípio se compatibilizar com os princípios da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório.

Aplicando aqui, neste conflito entre princípios, o princípio da proporcionalidade e cada um dos seus sub-princípios, conclui-se que a desnecessidade da intimação realmente é o melhor entendimento. Nesta aplicação devem ser respeitadas três fases, cada uma envolvendo a análise de um dos sub-princípios.

Na primeira fase se observa a adequação da forma de aplicação defendida do artigo 475-J do Código de Processo Civil para fomentar o princípio da celeridade que, segundo o melhor entendimento, deve prevalecer neste conflito entre princípios. Realmente, não havendo a intimação, ou seja, iniciando a fluência do prazo diretamente, o processo ganhará em celeridade.

Ultrapassada a fase anterior, deve ser analisada a segunda fase com base no sub-princípio da necessidade. Aqui deve ser observado se o princípio da celeridade não poderia ser

promovido de forma menos gravosa aos princípios em conflito (segurança jurídica, ampla defesa e contraditório), sendo a resposta negativa, até porque está sendo interpretado um dispositivo específico do Código de Processo Civil.

Ultrapassada a segunda fase, deve ser analisado o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, representando o resultado final da ponderação. Ou seja, considerando desnecessária a intimação valerá a pena privilegiar o princípio da celeridade em detrimento dos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, todos integrantes do princípio maior do devido processo legal? A resposta, segundo o entendimento defendido por esse trabalho é positiva, pois a lesão aos últimos princípios, caso exista, é muito pequena, enquanto que, caso o entendimento fosse pela necessidade de intimação, a lesão à celeridade seria grande.

Ainda em defesa da desnecessidade de intimação, deve ser observado que a parte, quando da sentença, estará defendida por advogado ou defensor público, devendo estes a comunicar do prazo de pagamento. Desta forma, com o sincretismo processual, a unidade do processo deve pautar a interpretação, devendo ser aplicado normalmente o artigo 38 do Código de Processo Civil.

Deve ser observado que o fato de ter havido a revelia não altera a conclusão no sentido de ser desnecessária a intimação. O instituto da revelia, cujo regramento legal vai do artigo 319 ao 322 do Código de Processo Civil, como é sabido, gera efeitos de ordem material e processual. O primeiro efeito está previsto no artigo 319, caput. do Código de Processo Civil que é a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, salvo as hipóteses previstas no artigo 320 do Código de Processo Civil.

A segunda espécie de efeito, de ordem processual, previsto no artigo 322 do Código de Processo Civil, prescreve que não há necessidade de intimação para a fluência dos prazos

processuais para o réu revel que não tenha advogado constituído nos autos. Desta forma, não havendo necessidade de intimação para o réu revel sem advogado, não deve ser criada, *de lege ferenda*, uma hipótese de intimação que apenas atrase e dificulte a expropriação de bens e o término do processo, o que apenas iria contra a celeridade e o direito do autor da tutela jurisdicional adequada.

6.2.1 HIPÓTESE EM QUE HAVERÁ NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO.

O STJ, demonstrando raciocínio lógico e sistemático com o entendimento anteriormente demonstrado, no MC 14.258/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, Dje 24/11/2008, fixou hipótese em que deve haver a intimação para o início de fluência do prazo de 15 para pagamento. Isso ocorre, quando a execução se iniciar antes do início de vigência da lei 11.232/2005, porque a execução estará obedecendo, quanto à divisão das fases do processo, ao procedimento antigo. Desta forma, haverá um processo de execução e não a continuação da ação de conhecimento. Entendeu o STJ que, como as normas procedimentais tem incidência imediata, dependendo do estágio em que se encontrar o processo de execução, poderá haver a intimação do réu, por meio de seu advogado para pagar em quinze dias, sob pena de incidência da multa de 10%.

Deve ser observado que essa exceção, assim como a grande maioria das exceções nos mais diversos ramos do direito, apenas reforça a regra. Isso ocorre porque, quando a lei estipula abstrata e impessoalmente uma regra para incidir em uma generalidade de situações, dificilmente

todas as hipóteses fáticas se adequarão perfeitamente ao modelo legal criado. Com isso, para evitar que surjam conflitos sociais ou até mesmo ataques ao dispositivo por possível inconstitucionalidade, o próprio legislador, normalmente, faz o dispositivo “nascer” com exceções legais, ou então, como fez o Superior Tribunal de Justiça, a Jurisprudência exceptua.

6.2.2 SÚMULA 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Deve ser observada e comentada a recente Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça, que teve, dentro outros, como fundamento, os julgados dos recursos especiais 1067903; 774196 e 993209. A citada Súmula apresenta a seguinte redação: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Esta Súmula, diferentemente do que possa parecer a primeira vista, apenas reforça o entendimento apoiado por este trabalho de que o prazo de 15 dias para pagamento deve iniciar de forma automática, a partir do trânsito em julgado. Tal afirmação decorre do fato de a referida Súmula aplicar-se à situação absolutamente diversa da hipótese de aplicação do artigo 475-J do Código de Processo Civil, como será demonstrado.

De início, deve ser observado que a Súmula 410 foi criada para a unificação da aplicação e interpretação do artigo 461 do Código de Processo Civil, dispositivo que se aplica ao cumprimento de sentença, como fase do mesmo processo (sincretismo processual), da obrigação de fazer e não fazer. Tal conclusão deflui da leitura das decisões do Superior Tribunal de Justiça

que ensejaram a feitura da Súmula 410, além do fato de, acaso estivesse ela se referindo a título executivo extrajudicial, usaria o termo citação e não intimação.

Sendo, então, referente ao artigo 461 do Código de Processo Civil, plenamente justificada a diferença de tratamento, isso porque o citado dispositivo, com redação determinada pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, considerando a natureza da espécie de prestação, recebe tratamento legal absolutamente diferenciado do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

O legislador, para possibilitar a tão buscada efetividade da tutela jurisdicional, apenas alcançada se o exequente alcançar o bem da vida pretendido, dá ao juiz, na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, na fase de cumprimento de sentença, ampla liberdade. Isso ocorre para, considerando as peculiaridades econômicas e sociais do autor e do réu, a espécie de prestação pretendida e as demais peculiaridades do caso concreto, ser entregue à parte autora vencedora da demanda, se for possível, aquilo que ela teria caso não tivesse havido necessidade da demanda. Ou seja, a ação ou abstenção pretendida.

O dispositivo permite ainda que o juiz, sendo procedente o pedido, determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao resultado (artigo 461, caput, do CPC), apresentando, nos parágrafos 3º e 4º, meios exemplificativos de ser atingida a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Segundo a doutrina majoritária, as hipóteses previstas nos citados parágrafos são meramente exemplificativas, podendo o juiz, considerando o caso concreto, determinar medidas que atinjam a finalidade pretendida pela parte vencedora da ação.

Essa liberdade dada ao julgador, pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, faz com que seja necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a incidência da multa. Isso ocorre porque o devedor não sabe que medida será tomada pelo juiz. Não sabe se o mesmo usará uma medida de coerção direta ou indireta. Com isso, optando o julgador pela multa, espécie de

medida executiva de coerção indireta, em nome do princípio da segurança jurídica, deve haver a intimação pessoal do devedor, momento em que o mesmo será informado de todos os termos e elementos da multa, tais como prazo e valor.

O regramento do artigo 475-J do Código de Processo Civil não exige a intimação, ao contrário do que ocorre no artigo 461, porque não há possibilidade de surpresa para o devedor. Este sabe que terá de pagar em 15 dias, a partir do trânsito em julgado, a totalidade da obrigação, incluindo as parcelas relacionadas à verba de sucumbência, sob pena de pagar o valor principal acrescido de multa de 10%.

Desta forma, no dispositivo objeto do presente trabalho, não há ofensa à segurança jurídica pelo fato de não haver intimação, pois todos sabem a obrigatoriedade de aplicação da regra processual do artigo 475-J do Código de Processo Civil, regra processual e, portanto, de ordem pública.

6.3 CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA ADMISSÃO OU NÃO DA MULTA EM SEDE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

Muitos autores, dentre eles CÂMARA (2007) e a Ministra do STJ Nancy Andriahi (decisão monocrática em Medida Cautelar 12.743/SP), entendem que há incidência da multa de 10% em sede de execução provisória. Tal entendimento, conforme afirmado pela Ministra na citada decisão em Medida Cautelar, parte do pressuposto de que, havendo recurso recebido apenas no efeito devolutivo, para não incidir a multa de 10%, deve haver depósito do montante

integral ou caução bancária. Trata-se de entendimento que, de certa forma, amplia a hipótese de incidência do artigo 475-J do Código de Processo Civil, baseando-se, mesmo que não afirmado pelos autores que o defendem, no princípio da adaptabilidade do procedimento, tentando, mesmo que de forma errônea, aplicar o citado dispositivo legal sistematicamente ao Código de Processo Civil.

Entendendo pela impossibilidade, dentre outros, a já citada obra conjunta dos doutrinadores CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA (2009). Nesta obra, os doutrinadores, com ótima fundamentação, apresentam vários argumentos, defendendo a sua tese.

De início, afirmam que o caput. do artigo 475-J, do Código de Processo Civil, apresenta como causa a afastar a incidência da multa de 10% o pagamento do valor integral da condenação e não o depósito do montante integral ou o oferecimento de caução bancária. Com isso, o caput. do artigo 475-J apenas deveria incidir após o trânsito em julgado da decisão judicial.

Além disso, como é sabido, com o pagamento extingue-se a obrigação (artigo 304 do Código Civil), sendo incompatível o instituto do pagamento e a continuação da execução, sob pena da incidência do artigo 503 do Código de Processo Civil, que trata da preclusão lógica da execução (hipótese de prática de ato do executado incompatível com a vontade de continuar a discussão da causa). Desta forma, os defensores da tese de que é possível a incidência da multa em sede de execução provisória estão criando uma forma não prevista em lei de afastamento da incidência da multa de 10%, prevista no caput. do artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

A necessidade de tamanha “ginástica processual” é justamente pelo fato de estar sendo aplicado o citado dispositivo legal fora do momento para o qual ele foi criado para incidir. Após o trânsito em julgado não há dúvida de que, conforme estipulado pela literalidade do artigo 475-J, caput, do Código de Processo Civil, haverá pagamento que afastará a incidência da multa.

Diferentemente do que é estabelecido pelo citado dispositivo, o depósito e a caução bancária tem natureza jurídica de garantia do juízo, sendo necessários se houver a aplicação do dispositivo antes do momento legal adequado. Desta forma, quem entende ser possível a incidência da multa em sede de execução provisória está criando uma hipótese não prevista em lei de incidência de norma processual, de ordem pública, norma essa que, também, possui caráter coercitivo e sancionatório, aspecto que, de certa forma, atribui a ela uma natureza mista (processual e material). Esse aspecto sancionatório, também, impossibilita a aplicação do dispositivo antes do momento previsto em lei, pois estaria sendo aplicada uma sanção sem previsão legal, o que agride frontalmente o artigo 5º da Constituição Federal.

Desta forma, pode ser observado que há um nítido conflito de princípios fundamentais. De um lado a segurança jurídica de apenas ser possível a cobrança de multa com base nas hipóteses legalmente cabíveis. De outro, o princípio da celeridade e da efetividade do processo. Com base na ponderação, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, sub-princípio do princípio da proporcionalidade, conclui-se pelo acerto do entendimento no sentido de ser incabível a multa em sede de execução provisória. Isto porque seria desproporcional, em tais casos, agredir de tal forma a segurança jurídica, devendo este último princípio preponderar.

CONCLUSÃO

A interpretação do artigo 475-J do Código de Processo Civil deve buscar, assim como deve ocorrer na interpretação de qualquer outro dispositivo legal, a maior amplitude possível dos

direitos fundamentais. Mas, logicamente, como os direitos fundamentais são em sua maioria princípios, é necessária a adequada ponderação.

Ao longo do trabalho foi observado que, sempre que possível, o princípio da celeridade deve prevalecer, pois ligado diretamente ao tão importante princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Mas, considerando a necessária ponderação de princípios, em algumas das discussões desse trabalho foi priorizado o princípio da segurança jurídica, pois, nestas hipóteses, o último princípio seria completamente violado.

Desta forma, neste trabalho foi defendido que a interpretação do dispositivo objeto do presente estudo deve ser feita, além de considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo em conta que a Lei 11.232, de 6 de dezembro de 2005, promoveu em relação as sentenças condenatórias a pagar quantia, quando o réu for solvente, o sincretismo processual. Tal fator é de suma importância na ponderação entre os princípios envolvidos na interpretação e explica o rumo tomado pelo presente trabalho, quando da análise das controvérsias apresentadas.

Isso posto, fica a “torcida” para que o Superior Tribunal de Justiça, promovendo maior segurança jurídica no processo civil, pacifique as controvérsias principais a respeito do dispositivo objeto do estudo, sendo de grande valia para isso que promova, para tanto, enunciados de sua jurisprudência predominante.

REFERÊNCIAS:

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – execução*. Bahia: Jus Podivm, 2009, vol. 5.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 5.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ec., 1998.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reformas do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHIMURA, Sérgio. *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005)*. Aspectos polêmicos da nova execução. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.